



**Universidad  
Zaragoza**

## **TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**EL DEBER DE NO CONCURRENCIA CON LA  
ACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y EL PACTO DE NO  
CONCURRENCIA POSTCONTRACTUAL**

**THE DUTY OF NON-COMPETITION AND THE POST-  
CONTRACTUAL NON-COMPETITION AGREEMENT**

**Autor/Alumno:**

**IGNACIO ARGÓN CASAO**

**Profesora/Directora:**

**MARÍA JOSÉ LOPERA CASTILLEJO**

**Facultad de Derecho**

**2018**



## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA</b>	<b>3</b>
<b>II. CONFIGURACIÓN GENERAL</b>	<b>6</b>
<b>III. DEBER DE NO CONCURRENCIA CON LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO</b>	<b>9</b>
1. Nivel básico: Deber de no concurrencia desleal	9
1.1. Objeto	9
1.2. Contenido	9
1.2.1. Ajenidad	10
1.2.2. Concurrencia con la actividad de la empresa	11
1.2.3. Carácter desleal: Teoría de la deslealtad añadida	13
1.2.4. Efecto negativo: perjuicios potenciales	15
1.2.5. Extensión temporal	16
1.3. Consecuencias del incumplimiento	16
1.3.1. Medidas disciplinarias	16
1.3.2. Resarcimiento de daños y perjuicios	17
2. Pacto de plena dedicación o dedicación exclusiva	17
2.1. Objeto	17
2.2. Contenido	18
2.2.1. Manifestación de la voluntad de las partes	18
2.2.2. Compensación económica expresa	19
2.2.3. Contenido no esencial	20
2.3. Terminación del pacto: rescisión unilateral, incumplimiento y consecuencias	20
2.3.1. Rescisión unilateral	20
2.3.1.1. Por el trabajador	20
2.3.1.2. Por el empresario	22
2.3.2. Incumplimiento	23
2.3.2.1. Por el trabajador	23
2.3.2.2. Por el empresario	24
<b>IV. PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL</b>	<b>25</b>
1. Objeto	25
2. Contenido	25
2.1. Voluntad de las partes	26
2.2. Interés efectivo del empresario	28
2.2.1. Pérdida del interés empresarial	29
2.2.2. No identidad entre interés y actividad de la empresa	29

2.2.3. Ampliación del interés empresarial .....	30
2.3. Compensación económica adecuada.....	30
2.3.1. Carácter expreso y entidad propia .....	31
2.3.2. Momento de fijación.....	32
2.3.3. Momento del pago .....	32
2.4. Límite temporal .....	32
3. Nulidad del pacto y sus consecuencias.....	33
4. Terminación, incumplimiento y sus consecuencias .....	34
4.1. Rescisión por voluntad de las partes.....	34
4.2. Incumplimiento.....	35
4.2.1. Incumplimiento por el trabajador .....	36
4.2.1.1. Fijación judicial de daños .....	36
4.2.1.2. Fijación convencional de daños.....	36
4.2.2. Incumplimiento por el empresario .....	38
V. CONCLUSIONES .....	39
VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA .....	42
VII. LEGISLACIÓN CONSULTADA .....	47
VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	48

# **I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA**

La gestión del conocimiento y del capital humano se ha convertido en una tarea esencial de las organizaciones de nuestro entorno desarrollado, especialmente en aquellas en las que el valor creado por la organización tiene un alto componente de factor humano y donde la formación y la experiencia resultan un elemento clave. El valor de este tipo de organizaciones no reside pues en sus activos tangibles, sino en el de sus empleados y su organización. En este sentido, puede afirmarse que son los activos intangibles los que constituyen la base de la posición competitiva de una empresa. Es el capital intelectual, entendido como los conocimientos, experiencia aplicada, tecnología organizacional, relaciones con los clientes y habilidades profesionales, el que provee a la compañía de ventaja competitiva en el mercado.

Puede afirmarse así mismo que esta posición competitiva es realmente una posición relativa, en tanto se ve debilitada cuando se fortalece el competidor, y viceversa. En el caso de las empresas con un fuerte componente de capital intelectual, la posición competitiva se ve fortalecida o debilitada por las entradas y salidas del capital intelectual de la empresa. En la medida en que esos conocimientos que les otorgan una ventaja competitiva pasen a estar a disposición de la competencia, esa posición ventajosa se verá mermada.

Para asegurar su futuro, las empresas deberán adoptar las medidas necesarias para evitar que se produzcan salidas indeseadas de capital intelectual de su organización. Especialmente relevantes serán las medidas que adopte el empresario sobre sus trabajadores, que es donde descansa gran parte del conocimiento tácito de la empresa. En otras palabras, gran parte del conocimiento valioso de la organización sale por la puerta al final del día, y para garantizar su viabilidad deberá asegurarse de que no va a parar a otras empresas.

Para dar respuesta a este fenómeno, el Derecho se ha aproximado desde diversas perspectivas. En el presente trabajo, propongo centrar el estudio en el deber de no concurrencia con la actividad de la empresa y el pacto de no concurrencia postcontractual que recoge el Estatuto de los Trabajadores (ET) en su artículo 21. Se trata de una serie de obligaciones legales presentes en determinadas relaciones laborales que tratan de evitar, en la medida de lo posible, que se produzca esa fuga de capital

intelectual que la empresa quiere evitar mediante restricciones a la libertad de trabajo del empleado.

Sin embargo, en la medida en que la realidad descrita no puede aplicarse a todas las empresas ni a todas las relaciones laborales, estas limitaciones a la libertad de los trabajadores no pueden ser aplicadas de forma general. Deben tratarse de supuestos especiales, puestos de trabajo en los que el empleado, debido a la ocupación que tiene en la empresa, tenga a su disposición determinada información, así como formación especializada, técnicas y habilidades que ha desarrollado en el seno de la organización.

Se trata, en definitiva, de una tarea complicada. Complicada en la medida en que nos encontramos ante un difícil equilibrio entre dos valores a tener en cuenta: el futuro de la organización que se garantiza mediante medidas restrictivas de la libertad de los trabajadores y el mismo derecho a la libertad al trabajo y la libertad de empresa reconocidos en los artículos 35 y 38 de la Constitución Española (CE) respectivamente.

El objetivo de este trabajo es determinar dónde se encuentra el equilibrio entre estos dos valores: Dónde está el límite de la libertad de trabajo y empresa del individuo cuando pueden suponer una amenaza al negocio de su empresario, y dónde situar el límite de la voluntad de las partes en acotar esta libertad.

A lo largo de las siguientes páginas abordo el estudio de las figuras del deber de no concurrencia con la actividad de la empresa y el pacto de no concurrencia postcontractual. A través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, trato de identificar los elementos esenciales de estas dos figuras, las implicaciones de las mismas en la relación laboral, así como el alcance o manifestación que pueden tener atendiendo a las características del puesto de trabajo. Es decir, cuándo puede afirmarse que nos encontramos ante un interés legítimo de la empresa en defender su futuro y su viabilidad que le permita imponer a sus trabajadores determinadas limitaciones a su libertad.

El trabajo queda dividido en cuatro partes:

En una primera parte trato la configuración general del tema objeto de estudio. Doy una breve introducción sobre estas figuras, hablo de su origen legal, así como de la existencia de determinados supuestos a los que les son aplicables un régimen especial.

En una segunda parte abordo el estudio del deber de no concurrencia con la actividad de la empresa, dedicando un subapartado a cada una de las vertientes en las que se manifiesta: el deber de no concurrencia desleal y el pacto de plena dedicación; y

estudio, desde un análisis doctrinal y jurisprudencial, su contenido y las consecuencias de su incumplimiento.

La tercera parte la dedico al estudio del pacto de no concurrencia postcontractual. Igualmente, estudio su contenido y las consecuencias de su incumplimiento abordándolo desde un análisis doctrinal y jurisprudencial.

Por último, dedico un cuarto apartado a las conclusiones del trabajo, donde trato de recapitular los aspectos más destacables del trabajo realizado, así como una valoración del estudio en su conjunto.

## II. CONFIGURACIÓN GENERAL

La Constitución Española (CE) reconoce en su artículo 35 el derecho al trabajo al establecer que «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio [...]».

El mismo derecho viene recogido en el artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en su apartado a, que dispone que «Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio [...]».

De estos preceptos se desprenden la libertad de trabajo y la libre elección de profesión u oficio, libertades que recogen la posibilidad del empleado al pluriempleo (la prestación de servicios por parte de un trabajador a más de un empresario), la de elegir libremente un puesto de trabajo y, en sentido contrario, la de abandonar un puesto de trabajo.

Por su parte, el artículo 38 CE reconoce el derecho a la libertad de empresa, al disponer que: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado [...]». Esta libertad de empresa reconoce a todo sujeto de derechos la posibilidad de realizar actividades por propio riesgo y ventura (por cuenta ajena). Libertad que se mantiene aun cuando se esté involucrado en una relación laboral como empleado.

No obstante, el mismo ET introduce una serie de supuestos en los que esas libertades pueden verse afectadas. Se trata de una serie de obligaciones entre lo ético y lo profesional que pueden tener un origen legal o contractual. Hablamos del deber de no concurrencia con la actividad de la empresa durante la vigencia del contrato, el pacto de no concurrencia post-contratual y el pacto de permanencia en la empresa. Como he adelantado, en este trabajo centro el estudio en las dos primeras.

En primer lugar, el deber de no concurrir con la actividad de la empresa viene a modular la posibilidad de pluriempleo y la libertad de empresa del trabajador. El ET lo introduce primeramente en su artículo 5 d, como deber del trabajador, estableciendo que «Los trabajadores tienen como deberes básicos: d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley».

Teniendo así sustantividad propia, la prohibición de concurrencia desleal puede considerarse también como una manifestación específica del deber de buena fe del mismo artículo 5 ET, en su apartado a, que impone al trabajador el deber de «Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de



la buena fe y diligencia». En este sentido se pronuncian los tribunales al valorar la existencia de una trasgresión de este deber, al hablar de una posible «trasgresión de la buena fe contractual» (STS Sala 4ª de 22 marzo de 1991 (EDJ 1991/3175)).

De modo más extenso se recoge este deber en el artículo 21.1 ET, que dispone que «No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan».

Este precepto prevé dos modalidades, dos niveles que puede alcanzar el deber de no concurrencia. En un primer nivel, vigente en toda relación laboral, se prohíbe la concurrencia con la actividad de la empresa cuando se estime concurrencia desleal. En un segundo nivel, vigente en aquellas relaciones laborales en las que exista pacto de dedicación exclusiva (o pacto de dedicación plena), el deber de no concurrencia se extiende además a las actividades prohibidas por el pacto.

En segundo lugar, el pacto de no concurrencia post-contractual viene a modular la libertad de elección del puesto de trabajo del trabajador y su libertad de empresa. Éste viene recogido en el artículo 21.2 ET, al establecer que «El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello; b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada».

En este caso, el fundamento legal de la figura puede encontrarse en el artículo 3.1 c ET, que reconoce la voluntad de las partes como «fuente válida de derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral». Tal como señalan García Blasco y De Val Tena<sup>1</sup>, «Estos pactos entre empresa y trabajador descansan sobre la base del principio de autonomía de la voluntad reconocida a uno y a otro».

La posibilidad de establecer este pacto, que no puede tener una duración superior a los dos años o seis meses dependiendo de la calificación del trabajador, se condiciona a la existencia de un efectivo interés por parte del empresario y la satisfacción de una compensación económica adecuada al trabajador.

---

<sup>1</sup> GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L., «Libertad de trabajo y competencia» en *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, nº 184, 2016, p. 256.

En nuestra legislación vigente existen además una serie de supuestos especiales, relaciones laborales de carácter especial cuyas circunstancias han requerido que el Legislador les dé un tratamiento diferenciado del resto en lo que se refiere a los deberes y pactos mencionados.

Este es el caso de:

- Altos directivos (artículo 8 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección).
- Mediadores mercantiles (artículo 9 f del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas).
- Abogados (artículos 10 a 12 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos).
- Artistas en espectáculos públicos (artículo 6.4 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos).

Debido a la limitada extensión del trabajo, en las siguientes páginas centro el estudio en la regulación genérica que se le dan a estas figuras, dejando el estudio de los regímenes especiales señalados al margen.

### **III. DEBER DE NO CONCURRENCIA CON LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO**

Como se ha adelantado, el contenido del deber de no concurrencia durante la vigencia del contrato depende de la existencia o no de un pacto de dedicación plena, pudiendo diferenciar entre un deber básico y un deber superior o reforzado. En un nivel básico, el trabajador no puede realizar una actividad ajena al empresario para el que esté prestando servicios cuando tal actividad pueda calificarse como desleal. En un nivel superior, ese deber se ve reforzado, no pudiendo el trabajador realizar una actividad ajena al empresario cuando haya quedado prohibida por el pacto de plena dedicación.

En este primer apartado realizo un estudio detallado de estos dos supuestos.

#### **1. Nivel básico: Deber de no concurrencia desleal**

##### **1.1. Objeto**

Hemos visto que el deber de no concurrencia desleal puede entenderse como un deber con sustantividad propia o como una manifestación del deber buena. El empresario tiene un interés legítimo en evitar que sus trabajadores aprovechen su situación en la empresa para obtener un beneficio propio fuera de ella y que, a su vez, suponga un perjuicio para su negocio.

##### **1.2. Contenido**

El deber de no concurrencia desleal consiste precisamente en el deber del trabajador de no hacer la competencia a su empresa empleadora cuando pueda calificarse como desleal. Así, el contenido de este deber se define de forma negativa: no se trata de las conductas que debe observar el trabajador, sino de aquellas de cuya realización se debe abstener, las conductas de concurrencia desleal.

El artículo 21.1 ET dispone sobre el deber de no concurrencia desleal que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal».

En ausencia de una mayor concreción por parte del Legislador, han sido los tribunales los que se han encargado de definir este concepto. Entre otras, puede traerse a colación la STSJ Baleares, de 22 de septiembre de 2003 (EDJ 2003/208119), que señala que «Para la existencia de la competencia desleal es necesario que concurren tres elementos: 1º) la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de

su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil; 2º) la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio; y 3º) que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa».

De la definición anterior se extraen una serie de elementos que permiten identificar como competencia desleal la conducta de un trabajador: la ajenidad de la actividad, la competencia con la actividad de la empresa, el carácter desleal de la conducta y el perjuicio para los intereses de la empresa.

### **1.2.1. Ajenidad**

En principio, en tanto que el artículo 21.1 ET hace referencia a «prestación laboral para diversos empresarios», puede parecer que únicamente se hace referencia a las actividades que pueda realizar el trabajador fuera de la empresa como consecuencia de una relación laboral. En sentido contrario, no quedarían incluidas las actividades que no fueran consecuencia de una relación laboral, las actividades por cuenta propia.

Sobre esto se han pronunciado diversos autores al afirmar que también puede concurrir deslealmente con su empresario el trabajador que se dedique por cuenta propia a la misma actividad que él<sup>2</sup>, o que lo que importa es que, cualquiera que sea el régimen jurídico, se esté vulnerando el deber de buena fe con respecto al propio empresario, colaborando con terceros, o incluso actuando por cuenta propia<sup>3</sup>.

Este criterio ha sido confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones al sostener que «La omisión en que incurre tal precepto por no extender la expuesta prohibición a conducta de tal clase realizada mediante trabajo por cuenta propia, no supone en manera alguna su exclusión del ámbito de dicha prohibición» (STS Sala 4ª de 22 septiembre de 1988, EDJ 1988/7252, entre otras).

Se trata de una interpretación, en mi opinión, acorde a la finalidad del precepto. Mediante este deber el Legislador trata de evitar que el trabajador ponga en peligro la viabilidad de la empresa. Si las actividades por cuenta ajena quedaran fuera del ámbito de aplicación del precepto, el interés del empresario quedaría desprotegido. Ello no solo en aquellos casos en los que el empleado decidiera montar su propia empresa, sino

---

<sup>2</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, 36ª edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 235.

<sup>3</sup> MOLERO MANGLANO, C., *Manual de Derecho del trabajo*, 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 400.

también para aquellos en los que comenzara a prestar servicios profesionales independientes en régimen de autónomo para empresas de la competencia.

### **1.2.2. Concurrencia con la actividad de la empresa**

En segundo lugar, la actividad desarrollada por el trabajador debe desarrollarse en competencia con la actividad de la empresa, para lo que será necesario que se enmarque en el mismo ámbito mercantil. De un modo más preciso habla Mercader Uguina<sup>4</sup> al hacer referencia la teoría del «mercado relevante del empresario», que «exige comprobar que los bienes y servicios ofertados por la empresa coinciden simultáneamente en un triple ámbito: material, geográfico y temporal». Según el autor, debe entenderse que existe competencia con la actividad de la empresa cuando el trabajador oferta los mismos productos o servicios (ámbito material), en la misma delimitación geográfica que su empleador (ámbito geográfico) y durante el tiempo en que su empleador los siga ofertado y siga vigente la relación laboral (ámbito temporal).

En este sentido, cabe citar la STS, de 22 de septiembre de 1988 (EDJ 1988/7252), que hace referencia a aquellas actividades «que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes». En la misma línea pueden citarse las STS de 22 de octubre de 1990 (EDJ 1990/9599) y 22 de marzo de 1991 (EDJ 1991/3175), con especial atención a la constitución de sociedades competitivas: «La concurrencia se da sin duda, cuando se despliega una actividad productiva en empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que padece la competencia, pues en una economía de mercado libre concurren y compiten todas las empresas que se dedican a un mismo objeto en un mismo ámbito».

Nótese que los tribunales no dan una interpretación amplia del precepto. No afirma que la coincidencia de objeto lleve consigo la presencia de concurrencia. Deberá atenderse además al ámbito en el que actúan las empresas.

Para determinar si existe concurrencia con la actividad de la empresa debe hacerse un estudio del conjunto de elementos que caracterizan las actividades en cuestión tales como los servicios prestados, el ámbito geográfico en el que opera la empresa o el segmento de clientes hacia los que van dirigidas sus actividades. Un estudio que debe

---

<sup>4</sup> MERCADER UGUINA, J.R., *Lecciones de Derecho del trabajo*, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 361.

ser especialmente cuidadoso, pues puede determinarse que dos empresas que con idéntica rama de actividad no concurren en un mismo mercado por operar en dos localidades distintas, o por ser la población de la localidad en la que ambas operan tan elevada que resulta muy difícil entender que se produce dicha competencia.

A modo de ejemplo, se ha apreciado la concurrencia en el caso en el que un guardia de seguridad empleado por una empresa de seguridad privada ha mantenido una relación contractual idéntica con una segunda empresa de seguridad privada (STSJ Illes Balears Sala de lo Social de 22 septiembre de 2003, EDJ 2003/208119); también en el caso en el que un entrenador empleado de un gimnasio decide fundar su propio gimnasio para prestar idénticos servicios de entrenamiento (STSJ Madrid Sala de lo Social de 18 julio de 2011, EDJ 2011/185382).

Cuestión distinta es la caracterización de esta concurrencia como desleal, para lo que se requiere una trasgresión a la buena fe contractual y al deber de lealtad del trabajador. Esta trasgresión se da cuando existe un aprovechamiento de la experiencia y un efecto negativo sobre la actividad del empresario empleador, aspectos que estudio con mayor detalle en apartados posteriores (1.2.3, sobre el carácter desleal, y 1.2.4, sobre el efecto negativo).

En este punto, considero necesario señalar que entrar a valorar la presencia de estos dos últimos elementos es una tarea poco sencilla. Determinar si un empleado está aprovechando los conocimientos adquiridos en su antigua empresa o la existencia de perjuicios potenciales puede ser arduo complicado. Pero lo cierto es que resulta, además, una tarea esencial. Omitir la valoración de estos elementos llevaría a una prohibición sistemática de la concurrencia, que no es la finalidad de la norma estudiada.

Sobre el elemento de la concurrencia con la actividad de la empresa, existen dos supuestos que se presentan en la casuística que considero dignos de especial mención: la concurrencia con la actividad del grupo empresarial y la concurrencia por desarrollo de actividades no lucrativas.

En primer lugar, aunque pueda parecer un aspecto básico, es necesario aclarar que el mercado relevante del empresario hace exclusivamente referencia a aquellas empresas con las que el trabajador mantenga una relación laboral: sus empleadores.

Especialmente ilustrativa resulta la STSJ Madrid de 2 de octubre de 2017 (EDJ 2017/226412), que considera el deber de no concurrencia desleal no se le puede exigir

al trabajador en relación con terceras empresas por el mero hecho de pertenecer al mismo grupo mercantil que la contratante. Es decir, el mercado relevante es el del empresario contratante. Entiende este Tribunal que «el deber de lealtad de la empleadora [...] no puede llegar hasta el límite de imponerle limitaciones a la actividad externa que éste desarrolla sobre la base de que esa actividad no es acorde con los intereses de otra empresa del grupo a la que aquélla pertenece».

El fundamento de la argumentación del Tribunal se encuentra en la falta de vinculación laboral entre la empresa del grupo y el trabajador. Al no formar las empresas un grupo a efectos laborales, las empresas del grupo se encuentran exentas de responsabilidad frente al trabajador. Si las empresas del grupo se encuentran exentas de responsabilidad frente al trabajador, el trabajador también debe estarlo frente a ellas.

En segundo lugar, respecto a la concurrencia por el desarrollo de actividades no lucrativas. Tampoco quedan éstas incluidas en el mercado relevante del empresario. Así, han quedado excluidas las actividades de mera amistad, benevolencia o buena vecindad sin fin lucrativo (ATS Sala 4ª de 30 junio 2015, EDJ 2015/144552), así como las actividades de voluntariado realizadas para organizaciones sin ánimo de lucro, ya que «en dichas ocasiones la indicada entidad no incide en el mismo nicho de mercado de la empresa demandada por cuanto su actividad no se integra en el ámbito mercantil, sino en el ámbito altruista y solidario» (STSJ la Comunidad Valenciana Sala de lo Social de 23 junio de 2009, EDJ 2009/188287).

### **1.2.3. Carácter desleal: Teoría de la deslealtad añadida**

En tercer lugar, para que exista una trasgresión de la buena fe como consecuencia de una concurrencia con la actividad de la empresa debe darse el carácter desleal.

Este carácter desleal no encuentra cabida únicamente en nuestro derecho laboral, sino que se hace igualmente presente en el derecho mercantil, en el ámbito de la competencia entre empresas en el libre mercado, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante Ley de Competencia Desleal), si bien el legislador laboral le ha dado una configuración distinta.

La Ley de Competencia Desleal establece una cláusula general en la que habla de actos desleales como aquellos que resulten «objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe» (artículo 4), seguida de una serie de cláusulas particulares que recogen

comportamientos concretos de competencia desleal: actos de engaño (artículo 5), actos de confusión (artículo 6), omisiones engañosas (artículo 7), etc.

El Estatuto de los Trabajadores no establece una definición o un listado de actividades que permitan identificar un acto de concurrencia como desleal. Tampoco puede identificarse estrictamente con la vulneración de las reglas mercantiles sobre competencia.

De nuevo, ha sido la Jurisprudencia la que se ha encargado, a partir de la casuística, de determinar aquellas actuaciones que, añadidas a la concurrencia con la actividad de la empresa, permiten determinar cuándo nos encontramos ante una trasgresión de la buena fe contractual. Es lo que la doctrina denomina teoría de la deslealtad añadida<sup>5</sup>. Rasgos adicionales a la simple competencia en el sector o en la rama en la que opera la empresa que impliquen un perjuicio a los intereses competenciales del empresario.

En palabras de la ya citada STSJ Illes Balears, Sala de lo Social, de 22 septiembre de 2003 (EDJ 2003/208119), «la competencia simple no supone en sí misma una trasgresión de la prohibición, sino que se produce cuando las actuaciones que integran la competencia tengan cierta entidad, o estén cualificadas por rasgos adicionales que justifiquen su calificación como comportamiento desleal y que produzcan un perjuicio al empresario». Estos actos adicionales son el requisito segundo que la misma sentencia establece a la hora de definir el concepto de concurrencia desleal: el aprovechamiento de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio (definición citada en el apartado 1.2, sobre el contenido del deber).

A modo ilustrativo, pueden ejemplarse de lo anterior: el aprovechamiento de datos internos de la empresa relacionados con su sistema organizativo o de producción, o con sus relaciones con proveedores o clientes (STS Sala 4ª, de 29 marzo de 1990, EDJ 1990/3530); el aprovechamiento de la experiencia adquirida en la empresa (ATS Sala 4ª, de 14 enero 2010, EDJ 2010/10454); o la desviación de clientela (STS Sala 4ª, de 21 marzo de 1990, EDJ 1990/3175).

Haciendo una interpretación en sentido contrario, se llega a la conclusión de que cuando la concurrencia carece de estas actuaciones que aportan la calificación de desleal a la

---

<sup>5</sup> GOERLICH PESET, J.M., «Determinación de la prestación de trabajo» en *Derecho del Trabajo*, Camp et al. (coord.), 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 p. 308.



conurrencia con la actividad de la empresa, la concurrencia es lícita (STS Sala 4ª de 22 octubre de 1990, EDJ 1990/9597).

Pese a lo anterior, y a considerar personalmente que la concurrencia desleal en el ámbito laboral merece un concepto autónomo, pueden encontrarse sentencias que acuden a la LCD para valorar la deslealtad de una conducta (STSJ País Vasco, 23 de diciembre de 2003, EDJ 2003/204648).

Por otro lado, el carácter desleal desaparece cuando el trabajador cuenta con el consentimiento, tácito o expreso, del empleador (STS Sala 4ª, de 3 junio de 1986, EDJ 1986/3792). Esta tolerancia impide al empresario sancionar la conducta del trabajador (STSJ Madrid Sala de lo Social de 11 abril de 2014 (EDJ 2014/68951). En estos casos, corresponde al trabajador la aportación de elementos que justifiquen su concurrencia y eliminen la nota de deslealtad.

En esta línea, no se aprecia una trasgresión de la buena fe contractual cuando el trabajador no oculta su relación laboral con terceras empresas y el empresario era conocedor de aquellas (STSJ Galicia 15 de septiembre de 1994, EDJ 1994/6365); o cuando el trabajador mantiene una relación laboral con otra empresa concurrente antes de iniciar su relación laboral con la empresa principal, y la empresa principal es conocedora de tal situación (STSJ Comunidad Valenciana 1 de febrero de 2001, Rº 3719/2000).

#### **1.2.4. Efecto negativo: perjuicios potenciales**

En cuarto lugar, sobre el efecto negativo de la actividad, no es necesario que llegue a materializarse. Para apreciar una conducta de concurrencia desleal no es necesario que la conducta del trabajador traiga consigo un perjuicio real para el empresario, sino que basta con la probabilidad que se produzca.

Este daño se extiende no solo a las actividades que efectivamente supongan una competencia para la empresa contratante, sino también a las actividades preparatorias tendentes a hacer la competencia a la empresa. En esta línea hablamos de gestiones administrativas para la constitución de una sociedad (STS Sala 4ª de 18 noviembre de 1983, EDJ 1983/6098); contactos y ofertas con clientes (reales o potenciales) de la empresa empleadora (STS Sala 4ª de 5 de noviembre de 2008, EDJ 2008/228398); preparación de contratos de compraventa (STS Sala 4ª de 27 mayo de 1980, EDJ

1980/13611); o la solicitud de una concesión administrativa para ocupar un puesto en el mercado (STSJ Aragón 27 de marzo de 2015, EDJ 2015/48902).

### **1.2.5. Extensión temporal**

Por último, es importante delimitar el alcance temporal del deber de no concurrencia desleal, que se extiende a situaciones de suspensión o interrupción de su jornada laboral, incluyendo vacaciones (STSJ Murcia 22 de abril de 1999, EDJ 1999/11476), días de baja por enfermedad (STSJ Aragón, Sala de lo Social de 11 febrero de 2002, EDJ 2002/13050), excedencia voluntaria (STSJ Navarra de 28 de abril del 2000, EDJ 8153), excedencia para cuidado de hijos (STSJ Cantabria 12 de julio de 2006, EDJ 2006/280601), incapacidad temporal (STSJ Cataluña 27 de septiembre de 2004, EDJ 2004/153561), días de descanso o suspensión involuntaria de empleo y sueldo como sanción disciplinaria (STS de 11 de diciembre de 1.989 (RJ 1.989, 8950).

En otras palabras, el deber de no concurrencia desleal se extiende en aquellos periodos en los que, aun no existiendo la obligación de trabajar, perdura relación laboral.

### **1.3. Consecuencias del incumplimiento**

El incumplimiento o inobservancia del deber de no concurrencia desleal con la actividad de la empresa puede acarrear tanto medidas disciplinarias como resarcitorias para el trabajador.

#### **1.3.1. Medidas disciplinarias**

En primer lugar, el incumplimiento del deber de no concurrencia permite al empresario extinguir el contrato de trabajo mediante despido disciplinario por considerar tal conducta una trasgresión de la buena fe contractual (vía artículo 54.2, apartado d).

Sobre la aplicación del despido disciplinario, cabe traer a colación la doctrina de la aplicación gradualista de las sanciones: Deberá determinarse la sanción atendiendo a las circunstancias concretas del caso, como la antigüedad del trabajador en la empresa, la magnitud del perjuicio económico causado, la inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, etc. Sólo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción.

En el contexto de la concurrencia desleal esta doctrina tiene una aplicación menor, si bien pueden encontrarse algún ejemplo, como el caso en que la concurrencia desleal se produce trabajando para empresas de la competencia de forma muy esporádica (STSJ

Asturias, 19-4-96, por mención en la STSJ Andalucía (Sev) Sala de lo Social de 20 de noviembre de 2007 (EDJ 2007/347696)).

### **1.3.2. Resarcimiento de daños y perjuicios**

En segundo lugar, el empresario puede exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la concurrencia desleal, que se sustentaría en los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil (en adelante CC). Para ello es necesario probar su existencia, así como la existencia de un nexo causal entre la conducta del trabajador y los perjuicios producidos.

Para determinar la cuantía de la indemnización debe acudirse a la realidad del caso. Entre otros criterios, pueden citarse: el beneficio de una operación comercial perdido por la empresa demandante y acaparado por la concurrente (STS Sala 4ª de 8 junio de 198, EDJ 1981/9326); el precio pactado para un proyecto de la empresa demandante del que posteriormente se hizo cargo la empresa concurrente (STSJ Cantabria Sala de lo Social de 27 febrero de 2009, EDJ 2009/48097); el 30% de la facturación de la empresa concurrente (STSJ Madrid de 4 de octubre de 1996, Rec 6606/95); o las cantidades abonadas en concepto de indemnizaciones por despido por la empresa demandante que tuvo que reducir su plantilla ante la competencia de la concurrente.

Resulta esencial resaltar que el resarcimiento de daños y perjuicios causados únicamente es exigible cuando los daños se han materializado. En otras palabras, cuando el trabajador sea responsable de un incumplimiento del deber de no concurrencia desleal, pero tal comportamiento no haya causado perjuicio real alguno al empresario, únicamente son aplicables las medidas disciplinarias.

## **2. Pacto de plena dedicación o dedicación exclusiva**

### **2.1. Objeto**

El mismo ET dispone en su artículo 21.1 sobre el pacto de dedicación exclusiva que «No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan».

Nos encontramos ante un nivel reforzado del deber de no concurrencia con la actividad de la empresa del trabajador. En este caso, el trabajo ajeno a la empresa no solo queda prohibido cuando se aprecie concurrencia desleal, sino que se prohíbe en cualquier caso que estipulen las partes. En otras palabras, el trabajador se compromete a no realizar

determinadas actividades profesionales ajenas a la empresa con independencia de la rama de actividad, que puede coincidir o no con la de la empresa, o el régimen en el que la realice, que puede ser por cuenta propia o ajena.

Tal y como señala García Perrote<sup>6</sup>, el interés de este pacto no reside en la protección del conocimiento de la empresa. No se persigue evitar que el trabajador se aproveche de conocimientos internos o experiencia adquirida en el seno de la organización. Lo que se persigue es la plena involucración y rendimiento del trabajador.

## **2.2. Contenido**

Pueden señalarse dos aspectos fundamentales en estos pactos: la voluntad de las partes y la compensación económica expresa. Contenido que puede calificarse de esencial en tanto que su inobservancia en el pacto puede acarrear su nulidad y la consecuente falta de despliegue de efectos. Al margen de estos dos contenidos el Legislador deja al arbitrio de las partes la determinación de los restantes aspectos.

### **2.2.1. Manifestación de la voluntad de las partes**

El primer requisito hace referencia a la necesaria concurrencia de sendas voluntades: la del empleador y la del empleado. En tanto que este pacto supone una limitación al derecho al trabajo en su vertiente de libertad a la elección de profesión u oficio, no puede imponerse de forma unilateral por el empleador.

En la medida en que el pacto de dedicación exclusiva es una manifestación de la voluntad de las partes, cabe plantear la posibilidad de la existencia de pactos con origen en un convenio colectivo. En este sentido, García Blasco y De Val Tena<sup>7</sup> niegan esta posibilidad sobre la base del artículo 21.3 ET, cuyo tenor literal dispone que «el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo». Señalan los autores que, si es el trabajador el que tiene la posibilidad de dejar sin efectos el pacto y recuperar su libertad, no puede imponerse al trabajador este pacto mediante norma de negociación colectiva.

No obstante, sí que viene siendo aceptada por la doctrina<sup>8</sup> la posibilidad de negociar mediante convenio colectivo la fijación de pactos de dedicación exclusiva para determinados puestos de trabajo en la regulación de la clasificación profesional de la

---

<sup>6</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de derecho del trabajo*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 238.

<sup>7</sup> GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L., «Libertad de trabajo y competencia», cit., p. 281.

<sup>8</sup> DURÁN LÓPEZ, E., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa» en *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, EDESA, t. V, Madrid, 1.985. p. 184.

empresa. Así, determinados puestos de trabajo pueden quedar vinculados a un compromiso de dedicación exclusiva con la empresa. En estos casos, aunque el trabajador sigue teniendo la posibilidad de rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo, al quedar la cláusula de plena dedicación vinculada al puesto de trabajo, la rescisión del acuerdo lleva aparejada la renuncia al puesto de trabajo.

Al margen de la posibilidad de imponer la plena dedicación mediante convenio, la negociación colectiva sí puede regular aspectos materiales y procedimentales tales como exigencias formales, duración prevista, compensaciones económicas básicas y consecuencias de su incumplimiento.

### **2.2.2. Compensación económica expresa**

En segundo lugar, resulta fundamental que el pacto recoja una compensación económica expresa. El pacto que no señale expresamente la compensación económica vulnera el artículo 21.1 ET y deviene nulo, habiendo de tenerse por no puesto (STSJ Cataluña Sala de lo Social de 13 marzo de 2001 (EDJ 2001/5808)).

Resulta interesante señalar que, si bien el ET habla de una «compensación económica adecuada» para los pactos de no concurrencia postcontractual del artículo 21.2, al hablar de los pactos de dedicación plena habla de «compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan». Queda así supeditado al arbitrio de las partes la determinación de la compensación económica, de la que únicamente se exige que quede reflejada de forma expresa.

Sobre lo anterior ha tenido ocasión de pronunciarse algún autor<sup>9</sup>, al señalar que basta cualquier cuantía siempre que no sea ficticia o irrisoria. No obstante, la jurisprudencia no se ha pronunciado en el mismo sentido. Los tribunales no hablan de la necesaria adecuación de la compensación económica para la validez del pacto. Por el contrario, algunas sentencias señalan que en caso de que el trabajador considerase insuficiente la compensación económica está facultado a rescindir el acuerdo (STSJ Asturias Sala de lo Social de 12 septiembre de 2014, EDJ 2014/169521).

Únicamente, señalan García Blasco y De Val Tena<sup>10</sup>, cabe pedir la intervención del juez para valorar la adecuación de la compensación económica en los casos de pactos de plena dedicación vinculados a puestos de trabajo mediante convenio colectivo.

---

<sup>9</sup> MOLERO MANGLANO, C., Manual de Derecho del trabajo, cit. p. 400.

<sup>10</sup> GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L., «Libertad de trabajo y competencia», cit., p. 281.

### **2.2.3. Contenido no esencial**

Salvo estas dos puntualizaciones, el pacto no tiene mayores exigencias formales o de contenido, dando a las partes una cierta libertad para modular su relación.

La compensación económica expresa puede pactarse en forma de remuneración única a la finalización del contrato, en forma de remuneraciones periódicas a lo largo de la vida del pacto, o de forma mixta.

La aplicación temporal del pacto puede no coincidir con la vida de la relación laboral. Así, puede formalizarse al inicio de la relación laboral o a lo largo de la misma, y puede también pactarse su vigencia hasta el final de la relación laboral o hasta una fecha concreta.

Igualmente, las partes pueden delimitar el ámbito referido a la competencia y la dedicación. En este sentido, empresario y trabajador pueden definir los trabajos prohibidos o permitidos por el pacto, establecer procedimientos de solicitud y autorización para el desempeño de una actividad ajena o establecer los límites en los que se permita el trabajo ajeno.

Por último, aunque no se exige que el pacto se formalice por escrito, en la práctica resulta habitual que así sea en tanto que sí se exige que la compensación económica sea expresa.

## **2.3. Terminación del pacto: rescisión unilateral, incumplimiento y consecuencias**

Al margen de su terminación natural (al llegar el momento señalado en el pacto para su terminación) el pacto de dedicación exclusiva puede terminar de dos formas: por rescisión por las partes o por incumplimiento.

### **2.3.1. Rescisión unilateral**

#### **2.3.1.1. Por el trabajador**

El artículo 21.3 ET faculta al trabajador -no al empresario- a poner fin al pacto de dedicación exclusiva de modo unilateral, recuperando así su libertad de trabajo en otro empleo. El único requisito que se le exige es dar un preaviso por escrito con 30 días de antelación.

Cabiendo la rescisión unilateral por el trabajador y descansando este pacto sobre el principio de la autonomía de las partes, cabrá también su terminación por mutuo acuerdo.

En este punto, hay que señalar la especialidad que presentan las cláusulas de exclusividad vinculadas a puestos de trabajo definidos en el sistema de clasificación profesional fijados en los convenios colectivos. En estos casos, al encontrarse el puesto de trabajo vinculado al pacto, la resolución unilateral por parte del trabajador puede traer consigo la extinción de la relación contractual si así se ha previsto.

La consecuencia que establece el ET para los supuestos de rescisión unilateral por el trabajador es la pérdida de la compensación económica pactada, así como los restantes derechos vinculados a la dedicación exclusiva que se hayan pactado.

La rescisión unilateral por parte del trabajador supone una terminación anticipada del pacto de plena dedicación. Por lo tanto, si bien es cierto que el mismo no se ha cumplido hasta su fecha de terminación inicialmente prevista, es igualmente cierto que se ha venido cumpliendo durante el periodo de tiempo que va desde su entrada en vigor hasta la rescisión unilateral. Sin embargo, el ET habla de la pérdida de la compensación económica pactada (y los restantes derechos vinculados) sin mayor concreción.

Piénsese en el caso de un pacto de plena dedicación de una duración pactada de 2 años con una compensación económica a percibir en pago único al final cuarto semestre, y que el mismo se rescinde de modo unilateral por el trabajador al inicio del cuarto semestre. Una interpretación literal de lo establecido en el artículo 21.3 ET llevaría al trabajador a la pérdida íntegra de la compensación económica pactada. Y la misma consecuencia se daría en el caso de que el trabajador rescindiera el pacto al inicio del segundo semestre. En otras palabras, el tiempo de cumplimiento del pacto deviene irrelevante a la hora de aplicar la rescisión unilateral por el trabajador.

Una solución más justa sería aplicar las consecuencias previstas en el artículo 21.3 ET de forma proporcional al tiempo por el que se ha cumplido el pacto sobre el tiempo total pactado inicialmente. En este sentido se pronuncian los tribunales al puntualizar, sobre la facultad de revocación unilateral del pacto por el trabajador, que «el trabajador puede revocar el pacto, perdiendo los derechos económicos inherentes al mismo, a partir de la misma». (STSJ Cataluña 26 de marzo de 2010, EDJ 2010/140465). Es decir, se estaría perdiendo la parte de la remuneración económica correspondiente al periodo por el que el pacto dejará de desplegar efectos.

Volviendo a nuestro supuesto ficticio, si el pacto se rescinde al inicio del cuarto semestre, se habrá cumplido durante tres cuartos del periodo pactado, teniendo el

trabajador derecho a percibir las tres cuartas partes de la compensación económica pactada.

### **2.3.1.2. Por el empresario**

No cabe duda sobre las posibilidades de rescisión del pacto tanto por rescisión unilateral por el trabajador como por mutuo acuerdo entre trabajador y empresario. Cabe plantearse a continuación si es posible la rescisión unilateral del pacto por el empresario. En tanto que el pacto de plena dedicación se fundamenta en el legítimo interés del empresario en que sus trabajadores dediquen todos sus esfuerzos en su empresa, puede plantearse la posibilidad de que el empresario, desde el momento en que haya desaparecido dicho interés, pueda concluir dicho pacto. La respuesta a este planteamiento no es pacífica.

Un sector doctrinal<sup>11</sup> entiende que al reconocer el artículo 21.3 la facultad de rescindir unilateralmente el pacto al empleado, una interpretación en sentido contrario permite llegar a la conclusión de que el empresario no tiene dicha posibilidad.

En una postura menos estricta, señalan otros autores<sup>12</sup> que, en el caso de que desaparezca ese interés del empresario, el pacto, como contenido del contrato de trabajo, puede ser eliminado mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 ET. Únicamente en el caso de pactos de plena dedicación con origen en la negociación colectiva no puede el empresario introducir modificación alguna en mientras no se modifique el convenio colectivo.

A mi modo de entender, ambas posturas son perfectamente conciliables. En este sentido, el empresario no puede rescindir el pacto de plena dedicación de modo unilateral si no existen causas justificadas, y, en caso de que existan, tiene la posibilidad de eliminarlo mediante el procedimiento del artículo 41 ET, siempre y cuando el pacto no encuentre su origen en un convenio colectivo.

La consecuencia de esta modificación sería, a mi entender, la misma que en la rescisión unilateral por el trabajador: la pérdida de la compensación económica pactada. En caso de que fuera una remuneración periódica se dejaría de percibir, mientras que si fuera

---

<sup>11</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, cit., p. 235. En el mismo sentido GOERLICH PESET, J.M., «Determinación de la prestación de trabajo» cit., p. 308.

<sup>12</sup> GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L., «Libertad de trabajo y competencia», cit., p. 283. En el mismo sentido CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., «Pacto de dedicación exclusiva y prohibición de competencia» en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Goerlich (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.389.



una remuneración en pago única se perdería la parte proporcional a la parte de vigencia del pacto que finalmente no desplegará efectos.

### **2.3.2. Incumplimiento**

El incumplimiento del pacto puede producirse por ambas partes: por el trabajador, en caso de desempeñar actividades que quedaban prohibidas por el pacto, y por el empresario, en caso de no satisfacer la remuneración económica pactada.

#### **2.3.2.1. Por el trabajador**

Como he señalado, el pacto de dedicación exclusiva se incumple por el trabajador cuando desempeña actividades que quedaban prohibidas por el pacto en cuestión.

Para determinar las consecuencias del incumplimiento debe estarse a lo dispuesto en el pacto, así como, en su caso, a lo regulado por convenio colectivo. Por su parte, doctrina y tribunales coinciden en señalar dos tipos de consecuencias: disciplinarias y resarcitorias.

En primer lugar, cuando el incumplimiento del pacto de plena dedicación sea de suficiente gravedad, el empresario tiene la posibilidad de poner fin a la relación laboral mediante despido disciplinario, en la medida en que tal acto se considera una trasgresión de la buena fe contractual (vía artículo 54.1 d). (STSJ Madrid de 2 de diciembre de 2008, EDJ 2008/355206).

En segundo lugar, el empresario puede exigir el resarcimiento de las sumas percibidas por el trabajador en concepto de compensación económica por el tiempo en el que se incumplió el pacto (STSJ Navarra Sala de lo Social de 29 diciembre de 2000, EDJ 2000/49825). Del mismo modo que en la revocación unilateral, los tribunales han optado por aplicar una interpretación más favorable al trabajador, aplicando la sanción de un modo proporcional a la entidad del incumplimiento del pacto. La alternativa de exigir la devolución íntegra de las cantidades percibidas por el trabajador sería, en mi opinión, una exigencia desproporcionada que iría en contra de la equidad de las partes.

El empresario tiene además la posibilidad de exigir el resarcimiento de daños y perjuicios causados más allá de la devolución de la compensación económica, siempre y cuando se prueben (vía artículo. 1.101 CC).

Como se ha adelantado, las partes pueden haber previsto una cláusula penal para determinar las consecuencias del incumplimiento del pacto. En este caso debe atenderse

a lo acordado por las partes, que sustituiría la posibilidad de exigir el resarcimiento de daños y perjuicios por el incumplimiento (vía artículo 1.152 CC). En cualquier caso, lo previsto por las partes mediante cláusula penal no puede ir en contra del criterio de la proporcionalidad. (TSJ de Cataluña 26 de marzo de 2010, EDJ 2010/140465).

#### **2.3.2.2. Por el empresario**

El incumplimiento por el empresario se produce cuando éste no satisface la compensación económica pactada al trabajador u otros beneficios acordados.

En estos casos, el trabajador tiene dos opciones: rescindir el pacto y recuperar su libertad de trabajo o mantenerlo.

En cualquier caso, sigue teniendo el derecho al resarcimiento de las cantidades devengadas no satisfechas al trabajador hasta que rescindió válidamente el pacto. Es decir, deben satisfacerse las cantidades devengadas por el periodo desde que el empresario dejó de pagarlas hasta que el trabajador le comunicó la decisión de rescisión unilateral por incumplimiento.

En caso de no rescindir el pacto, el pacto sigue vigente y tiene derecho a exigir la compensación económica en los términos pactados.

## **IV. PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL**

### **1. Objeto**

El deber de no concurrencia con la actividad de la empresa encuentra su origen en un interés legítimo del empresario en asegurar el futuro de su negocio. Una limitación a la libertad de los trabajadores ante la amenaza de que aprovechen su situación en la empresa para hacerle la competencia. No obstante, en tanto el artículo 21 habla de «prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios» (que, recordemos, hace referencia tanto a relaciones por cuenta ajena como por cuenta propia), nada impide al trabajador, una vez terminada su relación laboral con el empresario, aprovechar su situación, los conocimientos y contactos que ha adquirido a lo largo de su estancia en la empresa, para comenzar a hacerle la competencia.

Esta configuración puede chocar con el interés del empresario en proteger su ventaja competitiva. En la medida en que un trabajador puede comenzar a hacer la competencia a la empresa desde el momento en que termina su contrato de trabajo, llevándose consigo contactos y conocimientos, existe una verdadera amenaza para el empresario de ver comprometido su negocio.

El pacto de no concurrencia postcontractual, regulado en el artículo 21.2 ET, tiene el objeto de extender la vigencia de este deber más allá de la relación laboral, precisamente en aquellos casos en los que exista un «interés efectivo del empresario».

### **2. Contenido**

El contenido del pacto de no concurrencia viene determinado por el 21.2 ET, que establece que «El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello; b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada».

De este precepto se desprenden los elementos que configuran el contenido del pacto de no concurrencia postcontractual, a saber: la necesaria concurrencia de la voluntad de las partes, el interés efectivo del empresario, la compensación económica adecuada y el límite temporal.

Se trata, no obstante, de un contenido escueto el del artículo 21.2 ET, en la medida en que se limita a señalar los elementos del pacto sin llegar a darles un contenido específico, lo que nos lleva a hablar de conceptos jurídicos indeterminados. Ante la ausencia de una mayor concreción, la de los pactos de no concurrencia postcontractual se trata de una materia especialmente litigiosa donde ha tenido especial trascendencia la labor interpretativa de los tribunales.

Señalar que la fórmula empleada por el Legislador en este precepto nos lleva a hablar de elementos de presencia imperativa en el pacto: «[...] no podrá tener una duración superior a [...] solo será válido si concurren los siguientes requisitos [...]». Además, en la medida en que (como se verá más adelante) el pacto deviene nulo ante la ausencia de alguno de los elementos señalados, puede afirmarse que tienen un carácter esencial. Esta imperatividad de sus elementos es lo que lleva a la doctrina a hablar de «requisitos legales de validez y eficacia»<sup>13</sup>.

## **2.1. Voluntad de las partes**

El pacto de no concurrencia postcontractual es una manifestación de la voluntad de las partes como fuente del contrato de trabajo reconocida en el artículo 3.1 c ET. Así, el pacto supone la concurrencia de dos voluntades: De un lado, la del empresario de proteger su negocio evitando que el trabajador utilice sus conocimientos adquiridos en otras empresas y, de otro lado, la del empleado en asegurarse su supervivencia económica durante el periodo de vigencia del pacto mediante una compensación económica adecuada.

Del mismo modo, es la voluntad de las partes la que, respetando los límites legales establecidos en el artículo 21.2 ET, determina el contenido del pacto.

Sobre la posibilidad de acudir a la negociación colectiva, cabe señalar las mismas conclusiones que se señalaron para el pacto de plena dedicación: El convenio colectivo puede regular el régimen jurídico aplicable al pacto como requisitos de forma para su constitución y resolución, compensación económica, devengo o efectos de un eventual incumplimiento, así como la determinación de puestos de trabajo vinculados a cláusulas de no concurrencia postcontractual mediante la clasificación profesional del convenio cuando exista un interés legítimo. Por el contrario, no puede imponer el pacto a los

---

<sup>13</sup> GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L, «Libertad de trabajo y competencia», cit., p. 267.

trabajadores de modo unilateral, en tanto que para su constitución resulta esencial la manifestación de la voluntad del trabajador. En este sentido se pronuncia Castiñeira Fernández<sup>14</sup>.

Esta concurrencia de voluntades debe plasmarse en un **pacto equilibrado entre las partes y de obligaciones bilaterales**.

En primer lugar, el pacto debe recoger uno equilibrio adecuado entre los derechos de libertad de trabajo y libertad de empresa del trabajador y el efectivo interés industrial o comercial del empresario.

Para valorar la proporcionalidad del pacto la jurisprudencia ha acudido a diversos criterios, como son (entre otros):

- La proporcionalidad entre la duración del pacto y la duración del contrato de trabajo, siendo desproporcional la fijación de un pacto de no concurrencia postcontractual de dos años para un contrato temporal de 3 meses (STS de 7 de noviembre de 2005, EDJ 2005/271903).
- La compensación económica adecuada o las consecuencias previstas para su eventual incumplimiento (STSJ País Vasco de 16 de julio de 2007, EDJ 210832).
- El momento de celebración del pacto, no siendo lo mismo la firma del pacto al inicio de la relación laboral, cuando ambas partes se encuentran en igualdad de condiciones, que una vez avanzada la misma, cuando existe una relación de dependencia entre el trabajador y el empresario.
- El nivel de formación y cualificación del puesto, donde un mayor nivel de cualificación requerida implicará un mayor interés del empresario en evitar la salida de conocimientos de su organización.

En segundo lugar, la bilateralidad, que encuentra su fundamento en el artículo 1.256 CC, implica que no puede quedar el cumplimiento del pacto al libre arbitrio de una de las partes. Así, no puede establecerse una cláusula que faculte al empresario a activar el

---

<sup>14</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., «Pacto de dedicación exclusiva y prohibición de competencia, cit., p. 395.

pacto en los 15 días posteriores a la terminación de la relación laboral (STSJ Madrid de 22 de enero de 2016, EDJ 19598). La misma necesaria bilateralidad implica, como explicaré más adelante, la imposibilidad de rescisión unilateral del pacto por ninguna de las partes (véase apartado 4.1 de esta parte).

La falta de proporcionalidad del pacto o de la bilateralidad de las obligaciones supone calificar el pacto como abusivo, que trae consigo su nulidad.

En el caso concreto de que esta nulidad no afecte a la totalidad del pacto, sino a una parte, puede plantearse la nulidad parcial. Este es el caso de considerar desproporcionada una cláusula penal que imponga al trabajador devolver a la empresa el doble de la compensación económica percibida. En este supuesto, cabrían dos opciones: Entender la parte abusiva por no puesta en aplicación del artículo 9.1 ET, o ser objeto de moderación por el juez, cuestiones sobre las que volveré más adelante (véase apartado 3 de esta parte).

## **2.2. Interés efectivo del empresario**

El artículo 21.2 ET habla en su apartado a) de la necesaria existencia de un efectivo interés comercial o industrial. Como he señalado, se trata de un extremo esencial del pacto. La falta de interés efectivo del empresario trae consigo la nulidad del pacto.

El contenido de este concepto jurídico indeterminado ha sido perfilado por la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la que se advierte una cierta simetría con el concepto de concurrencia desleal.

El efectivo interés del empresario reside en evitar que su antiguo trabajador emplee el conocimiento adquirido en su empresa para realizar una actividad ajena a la misma que le pueda causar un perjuicio.

En breve, cabe señalar:

1. La actividad puede ser tanto por cuenta ajena en el marco de una relación laboral con otra empresa, (STS de 5 de febrero de 1.990. EDJ 1990/1088) como propia (STS de 21 de enero del 2.000, EDJ 2000/117168).
2. La concurrencia hace referencia a aquellas actividades que se desarrollen en el mercado relevante de la empresa (STSJ Cataluña 26 de marzo de 2014, EDJ 2014/138121).

3. El pacto trata de evitar únicamente aquella actividad concurrente que suponga un aprovechamiento de la antigua situación del trabajador en la empresa, que podrá ir referida tanto a conocimientos si hablamos de información confidencial, técnicas industriales, etc. (STSJ Madrid de 11 abril de 2004, EDJ 110571) como a contactos si hablamos de relaciones con clientes, proveedores y otros (STSJ Madrid de 5 de octubre de 2004, EDJ 189252).
4. No es necesario que el perjuicio sea real, sino que basta con que exista un perjuicio potencial (STSJ Cataluña 22 de noviembre de 2001, EDJ 2001/65182).

Sin embargo, esta simetría no es total. Mientras el deber de no concurrencia desleal protege los intereses del empresario durante la vigencia del contrato, el pacto de no concurrencia postcontractual protege los intereses del empresario más allá de la relación laboral. Lo anterior implica que el trabajador no puede concurrir con la actividad de la empresa durante un tiempo determinado a partir de la terminación de la relación laboral.

Esta peculiaridad hace que se den determinados supuestos dignos de mención:

### **2.2.1. Pérdida del interés empresarial**

El pacto de no concurrencia se firma con anterioridad a la terminación de la relación laboral. Esta diferencia temporal entre la constitución del pacto y el despliegue de sus efectos puede traer como consecuencia una asimetría en los intereses del empresario en un momento y otro.

Piénsese en el caso de que la empresa decida dejar de producir un producto para el mercado. En este caso, aun cuando el trabajador se haya dedicado en su empresa al diseño del producto en cuestión, nada le impedirá seguir desempeñando esta actividad en otra empresa, pues el empresario ya no tiene ningún interés legítimo en impedirselo. En estos casos se entiende que ha decaído el interés empresarial que sustenta el pacto (STSJ País Vasco 24 de abril de 2001, EDJ 2001/41295).

### **2.2.2. No identidad entre interés y actividad de la empresa**

La casuística más común señala como principal interés de la empresa el de proteger su negocio de actividades concurrentes de antiguos empleados. Sin embargo, puede darse el caso en que no se de esta identidad entre la actividad y el interés de la empresa.

Ya hemos visto que, como consecuencia de ese lapso temporal entre la constitución del pacto y el despliegue de sus efectos, puede darse el caso de que la empresa haya abandonado la rama de actividad en la que trabajaba el empleado. Pero ¿qué ocurre si esa rama de actividad no se ha cerrado, sino que se ha vendido a otra empresa? En estos casos el interés del empresario no reside en proteger su negocio actual, sino en proteger la transacción de dicho negocio. En la medida en que la no concurrencia de sus antiguos empleados repercute en un mayor valor del negocio traspasado, el empresario sigue teniendo un interés efectivo (STSJ Madrid de 21 de abril de 2008, EDJ 2008/326076).

### **2.2.3. Ampliación del interés empresarial**

Visto el caso del decaimiento del interés empresarial, cabe plantearse qué ocurre cuando la asimetría entre los intereses no se da por una pérdida de interés, sino por un mayor interés. Es decir, qué ocurre cuando, una vez constituido el pacto, la empresa amplía su actividad y el trabajador ha pasado a desempeñar su puesto de trabajo en otras actividades. La cuestión radica aquí en determinar cuándo se forma el interés empresarial: en la constitución del pacto o a lo largo de la vigencia de la relación laboral.

En este supuesto entienden los tribunales que para identificar el interés empresarial no ha de acudirse al momento de la constitución del pacto, sino que éste se desprende de toda la relación laboral (STSJ Cataluña de 30 julio de 2015, EDJ 2015/191343).

### **2.3. Compensación económica adecuada**

En principio, la fijación de la compensación económica se deja al libre arbitrio de las partes, no pudiendo el juez calcular el monto correspondiente al margen del acuerdo de las partes ni tampoco fijarla una de las partes de modo unilateral.

No obstante, el apartado b) del mismo artículo 21.2 señala como requisito esencial del pacto que «se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada». A diferencia de lo previsto en para el pacto de plena dedicación, donde basta que la compensación económica sea explícita, el Legislador señala en este caso que la compensación económica debe ser adecuada.

Así, no pudiendo el juez determinar la cuantía de la compensación económica sí que puede entrar a valorar su adecuación. Para determinar cuándo puede hablarse de una



compensación económica adecuada los tribunales deberán atender a las circunstancias del caso concreto.

Entre otros parámetros, en los pronunciamientos de los tribunales pueden encontrarse los siguientes:

1. Duración del compromiso de no concurrencia postcontractual (STSJ Sevilla de 20 de marzo de 2014, EDJ 2014/70415).
2. Posibilidades reales de encontrar empleo en el ámbito laboral y geográfico que le queda prohibido al trabajador (STSJ País Vasco de 15 de noviembre de 2005, EDJ 2005/278378).
3. Salario base percibido por el trabajador (STSJ Cataluña de 21 de enero de 2005, EDJ 7761).
4. Periodo durante el que se ha estado trabajando para la empresa, siendo mayor la compensación económica cuanto más tiempo se ha estado trabajando en la empresa (STSJ Madrid de 23 de septiembre de 2014, EDJ 220781).

En tanto que la compensación económica adecuada supone un requisito esencial del pacto, la falta de adecuación basta para determinar la falta de un requisito esencial, llevando aparejada la nulidad del pacto (STS, Sala de lo Social de 27 de marzo de 1990, EDJ 1990/3455).

Al margen de la adecuación de la cuantía, es necesario aclarar determinados aspectos que pueden plantear cierta controversia, como son el momento de fijación de la cuantía y el momento de su pago.

### **2.3.1. Carácter expreso y entidad propia**

En primer lugar, aunque nada diga el ET al respecto, la fijación de la compensación económica debe ser expresa y tener entidad propia, teniéndose por no puesta cuando no pueda determinarse con claridad (STS, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1990, EDJ 1990/3455). Así, si el tribunal no es capaz de determinar el montante de la cuantía a partir del contenido del pacto, del contrato o de la nómina del trabajador o de su finiquito, la misma se tiene por no puesta. y el pacto es nulo. En la misma línea, sobre la

falta de la compensación económica expresa como causa de nulidad del pacto, se pronuncia la STS, Sala de lo Social, de 20 de abril de 2010.

### **2.3.2. Momento de fijación**

La cuantía debe ser fijada en el momento de la celebración del pacto. No obstante, viene siendo práctica aceptada la fijación de la cuantía en el momento de la celebración del contrato a partir de módulos. De este modo, la determinación de la cuantía se realiza en un momento posterior a la celebración del pacto, pero de acuerdo con lo pactado en el momento de su celebración.

No cabe, por el contrario, una determinación posterior a la celebración del pacto. Tampoco por el órgano jurisdiccional, cuya labor en este sentido es la de valorar la adecuación de la compensación económica, no fijarla. La no fijación en el momento de la celebración del pacto supone, igualmente, la nulidad del mismo.

### **2.3.3. Momento del pago**

Al igual que en el pacto de plena dedicación, la determinación del momento del pago queda al libre arbitrio de las partes. Puede así pagarse antes o después de terminada la relación laboral, de modo periódico o en pago único.

## **2.4. Límite temporal**

El artículo 21.2 ET establece dos límites temporales distintos atendiendo a la cualificación del trabajador: Dos años para el caso de los técnicos titulados y seis meses en el resto de casos. Esta diferencia de tratamiento se encuentra justificada, según Castiñeira Fernández<sup>15</sup>, en las mayores posibilidades de los técnicos de hacer la competencia a la empresa.

No da el ET un concepto jurídico de lo que debe considerarse técnico titulado. Para concretar este concepto, sugiere el mismo autor que debe realizarse una interpretación amplia del concepto, no abarcando únicamente a los titulados en sentido estricto. Sostiene que se debe atender a su nivel de formación y a su clasificación profesional mediante convenio colectivo.

---

<sup>15</sup> CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., «Pacto de dedicación exclusiva y prohibición de competencia», cit., p. 396.

Por otro lado, señala Molero Manglano<sup>16</sup>, nada impide a las partes renovar el pacto agotado su periodo de vigencia.

La duración debe empezar a contarse desde la finalización de la relación laboral.

El no respeto a los límites temporales establecidos legalmente determina únicamente la nulidad de la cláusula, no comprometiendo la totalidad del pacto. Tal como señalan García Blasco y De Val Tena<sup>17</sup>, la aplicación del artículo 9.1 ET lleva a determinar que se tenga por no puesta la cláusula nula (cláusula que exceda los límites temporales) y se complete el contrato de trabajo por los preceptos jurídicos adecuados.

### **3. Nulidad del pacto y sus consecuencias**

Como he venido advirtiendo, la naturaleza esencial de los requisitos señalados implica que su inobservancia trae consigo la nulidad del pacto. Atendiendo al alcance de esta inobservancia se habla de nulidad total o parcial del pacto.

En cualquier caso, será de aplicación el régimen común para la nulidad parcial del negocio jurídico en la normativa laboral contenido en el artículo 9.1 ET, «consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido por las normas de Derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley e integrando —frente a la nulidad parcial conservadora— lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa» (STS, Sala Civil, de 3 de octubre de 2008, EDJ 222893).

En aplicación de este régimen, en aquellos casos en los que la nulidad afecta a una cláusula del pacto la aplicación del artículo 9.1 ET supone entender la misma por no puesta y completar el pacto de acuerdo con lo establecido en el 21.2 ET. Hablamos de los casos de nulidad parcial por duración excesiva o cláusula penal desproporcionada.

Por el contrario, en aquellos casos en los que la nulidad afecta a un requisito esencial de forma tal que el contenido del pacto sea inconciliable con las disposiciones legales, la nulidad afecta a la totalidad del pacto. En este caso la aplicación del artículo 9.1 ET supone eliminar el pacto del contrato de trabajo. Hablamos de los casos de nulidad total por ausencia de compensación económica adecuada, ausencia de interés efectivo del empresario o pacto abusivo, desproporcionado o no bilateral.

---

<sup>16</sup> MOLERO MANGLANO, C., Manual de Derecho del trabajo, cit. p. 404.

<sup>17</sup> GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L, «Libertad de trabajo y competencia», cit., p. 269.

Cabe plantearse qué ocurre con la cantidad económica que ha percibido el trabajador en caso de nulidad total del pacto. Piénsese en el caso en que el trabajador ha venido percibiendo una cantidad no adecuada a lo largo de la relación laboral durante el primer año, pero que el pacto es declarado nulo por insuficiencia de la misma. Debe resolverse la cuestión de cuál es el destino de esa compensación económica.

En estos casos, al tenerse el pacto por no puesto, el trabajador queda obligado a devolver la cantidad percibida. La nulidad del pacto implica que el trabajador recupera su libertad de trabajo y empresa para una vez terminada la relación laboral. Siendo así, debe devolver las cantidades percibidas en concepto de compensación por un compromiso que nunca llegará a producir efectos. Lo contrario sería un caso de enriquecimiento injusto. (STS de 7 de noviembre de 2005, EDJ 2005/271903; y de 20 de junio de 2012, EDJ 2012/141934).

#### **4. Terminación, incumplimiento y sus consecuencias**

La terminación natural del pacto de no concurrencia postcontractual es la finalización de su periodo de vigencia previsto por las partes. Terminado el periodo por el que el trabajador se comprometió a no hacer la competencia a su empresario, éste recupera su libertad de trabajo y empresa en toda su extensión.

Al margen de su terminación natural, existen una serie de supuestos en los que el pacto puede terminar de forma anticipada, que son la rescisión por voluntad de las partes y el incumplimiento.

##### **4.1. Rescisión por voluntad de las partes**

Nada impide que las partes de mutuo acuerdo supriman la vigencia del pacto antes de que llegue a su terminación prevista, bien sea durante la vigencia del contrato de trabajo, bien sea tras su extinción.

Cuestión distinta es la rescisión unilateral. En primer lugar, como parece lógico, no cabe la rescisión unilateral por el trabajador. La bilateralidad del pacto resulta un requisito esencial para su validez. Esta posibilidad de rescindir el pacto por el trabajador iría en contra la naturaleza del pacto, que es la de proteger el interés efectivo del empresario. Si quedara al arbitrio del trabajador el cumplimiento del pacto, este interés quedaría totalmente desprotegido.

En segundo lugar, tampoco cabe la rescisión unilateral por el empresario. Mientras parte de la doctrina<sup>18</sup> opina que sí cabría esta posibilidad siempre y cuando se estableciera un pacto de preaviso, los pronunciamientos de nuestros tribunales vienen a negar esta posibilidad. Postura que encuentra su fundamento en la naturaleza bilateral de las obligaciones del contrato. Tampoco cabe reconocer esta posibilidad de rescisión unilateral en el propio pacto.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2011 (EDJ 2011/14027).

Ahora bien, hemos visto que en ocasiones puede decaer el interés empresarial durante la vigencia del pacto. Recurriendo al mismo ejemplo, puede darse el caso de que la empresa con la que haya firmado el pacto haya dejado de fabricar un producto. En este caso, cabe la posibilidad de que el empresario o el trabajador tengan interés en dejar sin efecto el pacto. El primero para no tener que hacer frente a la compensación económica de un pacto que ha dejado de proteger sus intereses. El segundo por recuperar la libertad que le niega un pacto cuyo cumplimiento no reporta beneficios para su antiguo empresario.

En estos casos, no cabe la rescisión unilateral extrajudicial. La parte interesada debe acudir al juez para solicitar la extinción del pacto. Debe ser el juez, no las partes, el que se pronuncie sobre la subsistencia del interés efectivo (STS de 24 de septiembre de 1990, EDJ 1990/8579). Si se reconoce la falta de interés efectivo del empresario, falta un requisito esencial del pacto y la consecuencia es la nulidad del pacto. En este caso el trabajador recupera su libertad de trabajo y debe devolver las cantidades percibidas en concepto de compensación, así como renunciar a las cantidades futuras.

#### **4.2. Incumplimiento**

El incumplimiento del pacto puede producirse por ambas partes: por el trabajador, no respetando su compromiso de no competencia, y por el empresario, no haciendo frente a la compensación económica pactada.

---

<sup>18</sup> DURÁN LÓPEZ, E., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», cit., p. 200.

#### **4.2.1. Incumplimiento por el trabajador**

La competencia del trabajador a su antiguo empresario en los términos previstos en el apartado 2.1 de esta parte supone un incumplimiento del pacto de no concurrencia postcontractual.

En caso de incumplimiento por el trabajador, el empresario, como parte que ha permanecido fiel al pacto, tiene dos posibilidades: pedir la resolución por incumplimiento con resarcimiento de daños y perjuicios, o exigir que el trabajador cese en su conducta y respete lo acordado, donde cabrá igualmente exigir el resarcimiento de los daños causados (vía artículo 1.124 CC) y acción de cesación de la conducta prohibida (vía artículos 1.098 y 1.099 CC).

A la hora de determinar la responsabilidad del trabajador hay que atender a si las partes previeron o no las consecuencias de su incumplimiento mediante cláusula penal, que lleva a diferenciar entre la fijación convencional y la fijación judicial de daños.

##### **4.2.1.1. Fijación judicial de daños**

El abono de la compensación económica encuentra su fundamento en una doble función: la de garantizar al trabajador una cierta estabilidad económica y la de compensarle los posibles efectos negativos que pueda tener el pacto. En este sentido, en la medida en que el trabajador no respete el pacto, la percepción de esa compensación económica supondría un enriquecimiento injusto.

Para reequilibrar a las dos partes del pacto, en caso de incumplimiento el trabajador debe proceder a la devolución de la cantidad económica percibida. En cualquier caso, debe atenderse a la proporción del periodo de vigencia por el que se ha incumplido el pacto. En este sentido, los tribunales vienen aceptando el criterio del reintegro de las cantidades ya satisfechas por el empleador en proporción al tiempo incumplido (STS de 4 de mayo de 1990, EDJ 1990/4714).

##### **4.2.1.2. Fijación convencional de daños**

La finalidad de la cláusula penal es la de establecer las consecuencias de un eventual incumplimiento por el trabajador con anterioridad a que se produzca. La posibilidad de establecer una cláusula penal descansa en el origen contractual del pacto: para determinar las consecuencias de una obligación con fuente en la voluntad de las partes habrá que estar a lo pactado por las partes.

En caso de que exista cláusula penal, entra en aplicación el artículo 1.152, que establece que «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado». Se trata además de una previsión imperativa, en la medida en que, de acuerdo con el principio universal de «pacta sunt servanda», no cabe reclamar el incumplimiento al trabajador por la vía general del artículo 1.101 CC, si no únicamente de acuerdo con lo establecido en la cláusula penal.

El contenido de la cláusula penal no es homogéneo. Al contrario, la casuística muestra diversas formas en las que las partes establecen la responsabilidad de incumplimiento del trabajador. Así, se ha aceptado por los tribunales concretar la pena del trabajador en la devolución de las compensaciones económicas percibidas por el trabajador (STS de 4 de mayo de 1990, EDJ 1990/4714).

También se ha aceptado que, además de devolver las cantidades percibidas, el trabajador pague una cantidad adicional en concepto de daños y perjuicios, concretándose los mismos de diversas formas, como son: Cantidad fija de 60.000 euros más daños y perjuicios causados a parte (STSJ Valencia, de 23 de mayo de 2007, EDJ 2007/173235); Cantidad variable de 2 meses de salario por año trabajado con un máximo de 24 meses más indemnización por daños y perjuicios causados a parte (STSJ Galicia de 29 de abril de 2016, EDJ 2016/67505).

Nótese que la jurisprudencia admite no solo la fijación de una cantidad adicional a las cantidades percibidas, sino que se exijan los daños y perjuicios causados como consecuencia del no respecto al pacto. Es decir, una misma cláusula penal puede exigir a la vez la devolución de la compensación económica satisfecha, una cantidad como penalización por incumplimiento y el resarcimiento de daños y perjuicios causados.

Resulta interesante señalar que lo previsto en la cláusula de aplicación será exigible por el empresario (dentro del control previsto por el juez) con independencia de que efectivamente se haya producido un perjuicio al empresario. Es decir, para aplicar la cláusula penal basta con que exista incumplimiento del pacto por parte del trabajador, siendo irrelevante si su competencia con la actividad de la empresa ha tenido algún efecto negativo (STSJ Madrid de 26 de abril de 2006, EDJ 2006/107306).

Esta autonomía de las partes encuentra su límite en el control judicial en dos supuestos: cláusula abusiva y duración prevista excesiva. En los casos de cláusula abusiva puede

bien tener por no puesta la cláusula en el pacto en aplicación del artículo 9.1, bien aplicar la moderación atendiendo a las circunstancias. En los casos en los que la duración prevista por las partes excede el límite temporal previsto por el ET, la cláusula penal se reduce de forma proporcional a ese exceso en la vigencia del pacto (STS de 26 de octubre de 2016, EDJ 2016/209001).

#### **4.2.2. Incumplimiento por el empresario**

El empresario incumple el pacto cuando no satisface la cantidad económica pactada. Como parte que ha permanecido fiel al pacto, el trabajador puede pedir al juez su resolución o el cumplimiento forzoso, así como la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que haya podido ocasionar (vía artículo 1.124 CC). Lo anterior siempre acudiendo a la vía judicial, no quedando justificado un posible incumplimiento del trabajador en la mera falta de pago por el empresario.



## V. CONCLUSIONES

Una vez estudiadas las figuras del deber de no concurrencia y el pacto de no concurrencia postcontractual a través de un triple enfoque legal, doctrinal y jurisprudencial, se hace necesario resaltar las principales conclusiones que pueden extraerse de lo expuesto.

### **Primera: El estudio del contenido de las figuras debe realizarse *ad casum*.**

El contenido de estas obligaciones no es genérico, sino que se configura a partir de las características del puesto de trabajo y la empresa en cuestión. Sirva de ejemplo de lo anterior la doctrina del mercado relevante del empresario, donde para apreciar la concurrencia con la actividad de la empresa no bastará con identidad de la actividad mercantil, sino que debe atenderse además a los elementos materiales, espaciales y temporales (véase apartado 1.2.2. de la primera parte).

En relación con lo anterior, considero que se trata de figuras cuya aplicación no puede resultar genérica. Su aplicación debe quedar justificada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. En cada situación debe realizarse una ponderación de los dos intereses en juego: la viabilidad del negocio y la libertad del trabajador. De lo contrario, nos encontraríamos con situaciones desproporcionadas, en las que podría exigírsele el mismo compromiso a un trabajador al frente de la dirección de la empresa que a un peón de la cadena de producción.

### **Segunda: Determinadas profesiones y organizaciones se ven especialmente afectadas por estas figuras.**

En relación con la primera conclusión, considero que puede afirmarse que existen determinadas profesiones que, como consecuencia de las características del puesto dentro de la empresa, se ven especialmente afectadas por estas obligaciones.

La finalidad de estas figuras es la de proteger los intereses del empresario evitando que se produzcan fugas de conocimiento de su empresa, que puede referirse tanto a conocimiento técnico (técnicas industriales, métodos de trabajo...) como a información sensible (información sobre clientes, proveedores, costes...). En la medida en que un trabajador tenga mayor acceso a este tipo de información, sus obligaciones legales y convencionales sobre no concurrencia cobrarán un mayor peso.

Este es el caso de:

1. Directivos, cuya cercanía al núcleo de la empresa como principales responsables del devenir de la empresa les da acceso a buena parte de la información de la empresa.
2. Comerciales, que tienen acceso a información sobre clientes y proveedores, precios y productos, así como especial facilidad para desviar clientela derivada de su papel de representante de la empresa en el mercado.
3. Técnicos, que conocen los procesos productivos de la organización y sus técnicas industriales.

La misma consideración puede aplicarse a las empresas y organizaciones. Existen una serie de empresas especialmente vulnerables a salidas de capital intelectual, donde el respeto a estas obligaciones se hace especialmente relevante para su supervivencia. Hablamos de empresas con un alto componente de capital intelectual. Cuanto mayor sea la base de conocimiento de la empresa mayor será su grado de exposición.

En este sentido, puede afirmarse que:

1. Las empresas de carácter comercial se ven más expuestas ante fugas de información comercial sobre previos, proveedores y clientes, así como por desviación por clientela.
2. Las empresas de carácter técnico se ven más expuestas ante fugas de capital industrial sobre procesos y técnicas productivas.

Cuanto más vulnerable sea la empresa a fugas de conocimiento y mayor exposición tengan los trabajadores a la información sensible, mayor justificación tendrá la aplicación de estas limitaciones a la libertad de trabajo.

### **Tercera: La voluntad de las partes tiene especial trascendencia a la hora de delimitar el contenido y alcance de estas obligaciones**

Considero destacable la trascendencia que tiene la voluntad de las partes en estas obligaciones. Lo anterior se aplica no solo a los pactos, donde es la autonomía de la voluntad de las partes la que regula el contenido de las obligaciones entre ellas, sino

también a la obligación de no concurrencia desleal, donde el consentimiento del empresario exime al trabajador de responsabilidad.

Esta trascendencia de la voluntad de las partes concuerda con la característica vinculación que tienen estas obligaciones con los intereses de las partes. Así, cuando el empresario considera que la competencia de su empleado no afecta negativamente a su negocio, puede darle su consentimiento para eximirlo de responsabilidad por concurrencia desleal. Del mismo modo, el empresario tiene la facultad de rescindir unilateralmente los pactos de dedicación plena y dedicación exclusiva cuando haya desaparecido el interés empresarial, como también puede el trabajador rescindir unilateralmente el pacto de dedicación exclusiva cumpliendo con el preaviso o el pacto de no concurrencia postcontractual cuando haya decaído el interés empresarial.

Al hablar del papel de la autonomía de la voluntad de las partes en estas obligaciones, se hace necesario mencionar el papel de la negociación colectiva. La fuente de los pactos de dedicación plena y no concurrencia post-contractual es la voluntad individual de empresario y trabajador, que debe ser fruto de una negociación individual. Como consecuencia, no pueden imponerse estas cláusulas mediante negociación colectiva.

No obstante, sí que se les reconoce ciertas posibilidades a los convenios colectivos, como la de vincular categorías profesionales a este tipo de cláusulas. Consecuentemente, cuando un convenio colectivo vincule un puesto de trabajo a una cláusula, el trabajador no puede rescindir el pacto unilateralmente sin renunciar al puesto de trabajo.

#### **Cuarta: El juez adopta un papel vigilante de la legalidad**

Finalmente, me gustaría destacar el papel del órgano judicial en los pactos laborales estudiados. De la casuística estudiada, se aprecia que el juez adopta un papel vigilante. No es la Ley la que determina el contenido de las obligaciones entre las partes. Tampoco corresponde al órgano judicial esta tarea. Sin embargo, el resultado de la concurrencia de voluntades deberá respetar unos parámetros: los límites legales, la proporcionalidad y la bilateralidad de los pactos y el carácter no abusivo son algunos de ellos. Y corresponde al juez vigilar que el pacto respeta estos parámetros. Únicamente cuando se garantiza que el contenido del acuerdo es la manifestación verdadera de la voluntad de las partes y que respeta la legalidad, puede considerarse una fuente de derecho válida.

## **VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

STS Sala de lo Social, de 27 mayo de 1980, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1980/13611.

STS Sala de lo Social, de 8 junio de 1981, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1981/9326.

STS Sala de lo Social, de 18 noviembre de 1983, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1983/6098.

STS Sala de lo Social, de 3 junio de 1986, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1986/3792.

STS Sala de lo Social, de 22 septiembre de 1988, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1988/7252.

STS Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1.989, Referencia Aranzadi digital, recurso electrónico: RJ 1.989/8950.

STS Sala de lo Social, de 21 marzo de 1990, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1990/3175.

STS Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1990, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1990/3455.

STS Sala de lo Social, de 29 marzo de 1990, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1990/3530.

STS Sala de lo Social, de 4 de mayo de 1990, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1990/4714

STS Sala de lo Social, de 24 de septiembre de 1990, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico EDJ 1990/8579).

STS Sala de lo Social, de 22 de octubre de 1990, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1990/9599.

STS Sala de lo Social, de 22 marzo de 1991, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1991/3175.

STSJ Galicia Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 1994, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1994/6365.

STSJ Murcia Sala de lo Social 22 de abril de 1999, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 1999/11476.

STS Sala de lo Social, de 21 de enero del 2.000, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2000/117168.

STSJ Navarra Sala de lo Social, de 28 de abril del 2000, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2000/8153.

STSJ Navarra Sala de lo Social, de 29 diciembre de 2000, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2000/49825.

STSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2001, Número recurso: 3719/2000.

STSJ País Vasco Sala de lo Social, de 24 de abril de 2001, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2001/41295.

STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 13 marzo de 2001, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2001/5808.

STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 22 de noviembre de 2001, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2001/65182.

STSJ Aragón Sala de lo Social, de 11 febrero de 2002, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2002/13050.

STSJ Baleares Sala de lo Social, de 22 de septiembre de 2003, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2003/208119.

STSJ País Vasco Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2003, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2003/204648.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 11 abril de 2004, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 110571.

STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2004, Referencia QMemento Asesoría Plus: EDJ 2004/153561.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2004, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 189252.

STSJ Sala de lo Social, Cataluña de 21 de enero de 2005, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 7761).

STS Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2005, Referencia QMemento Asesoría Plus: EDJ 2005/271903.

STSJ País Vasco Sala de lo Social, de 15 de noviembre de 2005, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2005/278378.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 26 de abril de 2006, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2006/107306

STSJ Cantabria Sala de lo Social, de 12 de julio de 2006, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2006/280601.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 26 de abril de 2006, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2006/107306

STSJ Valencia Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2007, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2007/173235

STSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2007, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2007/347696.

STSJ Madrid Sala de lo Civil, de 21 de abril de 2008, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2008/326076.

STS Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 222893.

STS Sala de lo Social, de 5 de noviembre de 2008, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2008/228398.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2008, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2008/355206.

STSJ Cantabria Sala de lo Social, de 27 febrero de 2009, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2009/48097.

STSJ la Comunidad Valenciana Sala de lo Social, de 23 junio de 2009, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2009/188287

ATS Sala de lo Social, de 14 enero 2010, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2010/10454.

STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2010, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2010/140465.

STS Sala de lo Social, de 20 de abril de 2010, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2010/84367.

STS Sala de lo Social, de 22 de febrero de 2011, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2011/14027.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 18 julio de 2011, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2011/185382.

STS Sala de lo Social, de 20 de junio de 2012, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2012/141934).

ATSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Social, de 8 noviembre 2012, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2012/291891.

STSJ Andalucía (Sevilla) Sala de lo Social de 20 de marzo de 2014, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2014/70415).

STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2014, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2014/138121.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 11 abril de 2014, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2014/68951.

STSJ Asturias Sala de lo Social, de 12 septiembre de 2014, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2014/169521.

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2014, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 220781.

STSJ Aragón Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2015, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2015/48902.

ATS Sala de lo Social, de 30 junio 2015, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2015/144552.

STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 30 julio de 2015, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2015/191343.

STSJ Galicia Sala de lo Social, de 29 de abril de 2016, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2016/67505

STS Sala de lo Social, de 26 de octubre de 2016, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2016/209001

STSJ Madrid Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2017, Referencia QMemento Asesoría Plus, recurso electrónico: EDJ 2017/226412.

.



## **VII. LEGISLACIÓN CONSULTADA**

Constitución Española.

Estatuto de los Trabajadores.

Código Civil.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.

Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALCAZAR ORTIZ, S. y DE VAL TENA, A.L., «La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios» en *Relaciones Laborales*, nº 4, 2014.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., «Pacto de dedicación exclusiva y prohibición de competencia» en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Goerlich (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., Prohibición de competencia y contrato de trabajo, Madrid, 1.977.
- DURÁN LÓPEZ, E., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa» en VV.AA., *El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, EDERSA, t.V., Madrid, 1.985.
- GARCÍA BLASCO, J., «Comentario al artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores: pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa» en *El Estatuto de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, García (dir.), Tecnos, Madrid, 2015.
- GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L, «Libertad de trabajo y competencia» en *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, nº 184, 2016.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., Manual de derecho del trabajo, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GOERLICH PESET, J.M., «Determinación de la prestación de trabajo» en *Derecho del Trabajo*, Camp Ruiz, L.M. y García Ortega, J. (coord.), 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MERCADER UGUINA, J.R., Lecciones de Derecho del trabajo, 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MOLERO MANGLANO, C., Manual de Derecho del trabajo, 14ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MONTOYA MELGAR, A., Derecho del trabajo, 36ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.